



Roj: **SAP B 9/2017 - ECLI: ES:APB:2017:9**

Id Cendoj: **08019370152017100009**

Órgano: **Audiencia Provincial**

Sede: **Barcelona**

Sección: **15**

Fecha: **24/01/2017**

Nº de Recurso: **754/2015**

Nº de Resolución: **8/2017**

Procedimiento: **CIVIL**

Ponente: **JOSE MARIA RIBELLES ARELLANO**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

AUDIENCIA PROVINCIAL DE BARCELONA

SECCIÓN DECIMOQUINTA

Rollo núm. 754/2015-3ª

Juicio Incidental núm. 254/2014C1- (Vinculado al concurso 906/2013)

Juzgado Mercantil núm. 9 de Barcelona

SENTENCIA núm. 8/2017

Composición del tribunal:

JUAN F. GARNICA MARTÍN

JOSÉ MARÍA RIBELLES ARELLANO

JOSÉ MARÍA FERNÁNDEZ SEIJO

Barcelona, a veinticuatro de enero dos mil diecisiete.

Parte apelantes: Ipme 2012, S.A., (anteriormente denominada Banco de la Pequeña y Mediana Empresa, S.A. - Bankpyme)

Letrado: José Luís Ruiz-Flores.

Procurador: Miguel Montero Reiter.

La administración concursal de Ipme 2012, S.A.

Caixabank, S.A.

Letrado: Ignacio Benajam Paretó.

Procurador: Ivo Ranera Cahis.

Parte apelada: Gustavo y Raimunda .

Letrado: J. Javier Moreno Mur.

Procuradora: Roser Castelló Lasauca.

Resolución recurrida:

Fecha: 23 de junio de 2015.

Parte demandante: Gustavo y Raimunda .

Parte demandada: Ipme 2012, S.A. y Caixabank, S.A.

Ha sido parte en el procedimiento la administración concursal de Ipme 2012, S.A.



ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO. El fallo de la sentencia es el siguiente: FALLO: « *Que debo estimar y estimo parcialmente la demanda interpuesta por Gustavo y Raimunda contra la entidad IPME 2012, S.A. y CAIXABANK, y por ello, declaro la nulidad relativa o anulabilidad de la orden de compra y del contrato de depósito y administración de valores suscritos por las partes en fecha 21 de febrero de 2008, relativa a las "participaciones preferentes de KAUPTHING BANK" por error o vicio de consentimiento, con condena en costas a BANKPYME, con exclusión de las costas de CAIXABANK quien las asumirá a su propia costa.*

Condeno a la concursada y a CAIXABANK a devolver a la actora la cantidad de 17.624'40 euros, cantidad que se verá incrementada en las comisiones de custodia que se le hubiera podido seguir girando a la actora desde la interposición de la demanda, lo que se determinará en ejecución de sentencia, más los intereses legales desde la fecha de la orden de compra, incrementados en dos puntos desde sentencia (art. 1108 CC y art. 576 LEC) ».

SEGUNDO. Contra la anterior sentencia interpuso recurso de apelación la representación de Ipme 2012, S.A., y la administración concursal de la citada mercantil, por escrito de 28 de julio de 2015, también interpuso recurso de apelación la representación de Caixabank, S.A., por escrito de 28 de julio de 2015. Admitido en ambos efectos se dio traslado a la contraparte, que presentó escrito de oposición el 28 de octubre de 2015, también presentó escrito de oposición la representación de Ipme 2012, S.A, oponiéndose al recurso presentado por Caixabank, S.A. Se elevaron las actuaciones a esta Sección de la Audiencia Provincial, que señaló votación y fallo para el día 5 de mayo pasado.

Ponente: JOSÉ MARÍA RIBELLES ARELLANO

FUNDAMENTOS JURIDICOS

PRIMERO . Términos en los que aparece determinado el conflicto en esta instancia y circunstancias relevantes para resolver el recurso.

1.- La representación en autos de Gustavo y Raimunda interpuso, el 26 de marzo de 2014, demanda incidental contra Ipme 2012, S.A. (Ipme o Bankpyme, atendiendo a la denominación de la entidad cuando comercializó los valores de referencia); en su escrito inicial solicitaba que se dictara sentencia en la que se declarara:

A) La nulidad del contrato de depósito y administración de valores y de las órdenes de compra de los valores Kaupthing Bank por falta de consentimiento y consiguiente devolución de las prestaciones, condenando a la demandada a la restitución de los ahorros entregados como precio de compra de estos valores (18.658'50 €), más los intereses legales desde la fecha de las órdenes hasta la declaración de concurso, más los importes de las comisiones cobradas (9 €), más los importes adeudados por gastos de custodia (20'04 €), menos el importe de los intereses abonados (1.063'14 €).

B) Subsidiariamente solicitaban que se declarara el incumplimiento contractual por parte del banco de sus obligaciones legales, por no haber cumplido el estándar de diligencia, buena fe e información completa, clara y precisa que le era exigible al proponer a los demandantes la adquisición de valores complejos y de alto riesgo, sin explicarles que los mismos no eran coherentes con el perfil de riesgo muy bajo cuando establecieron su relación jurídica de administración y depósito de valores, ni después de haber adquirido semejante producto, condenando a la entidad demandada a indemnizar a los demandantes en el importe de los 18.658'50 € entregados para la adquisición de las preferentes de Kaupthing Bank, más los intereses legales desde la fecha en la que dejaron de ser productivos tales valores, o sea, desde el 7 de octubre de 2008 hasta la declaración de concurso, o bien con el importe de esa cantidad de principal, más 9 euros cobrados en concepto de comisiones, 20'04 € cobrados en concepto de custodia, más los intereses legales desde el 21 de febrero de 2008 hasta el 11 de febrero de 2014, menos los 1.063'14 € percibidos por los actores en concepto de intereses.

Todo ello con expresa condena en costas a la entidad demandada.

2.- Ipme en la contestación a la demanda planteó la excepción procesal de litisconsorcio pasivo necesario, excepción que determinó que los demandantes ampliaran la demanda contra Caixabank S.A. (Caixabank), por haber transmitido Ipme su cartera de clientes a dicha entidad financiera.

3.- En el escrito de demanda se relataban los siguientes hechos:

1) En enero de 2008 Gustavo y Raimunda abrieron una cuenta corriente en la oficina de la entidad financiera Bankpyme (actual Ipme) de la calle Manigua de Barcelona. El capital ingresado fue de 19.000 €.

2) Un conocido les había recomendado la entidad financiera y había consultado también la publicidad que realizaba dicha entidad.



- 3) El Sr. Gustavo había trabajado como camionero, estaba jubilado. La Sra. Raimunda trabajaba como administrativa en una notaría.
- 4) Una de las responsables de la oficina, Genoveva, aconsejó a los Sres. Gustavo - Raimunda invertir el dinero ingresado en un producto de renta fija que les permitiría recibir unos intereses trimestrales de más de 280 €. La inversión se realizaba en bonos preferentes de una entidad financiera islandesa, el Kaupthing Bank, que ofrecían un interés del 6'75%.
- 5) Los demandantes tenían la certeza de que se trataba de una inversión segura que les permitiría recuperar en todo caso el principal ingresado en la cuenta de Bankpyme en cualquier momento.
- 6) Recibida la información por los demandantes y ante la insistencia de la entidad financiera, el 26 de febrero de 2008 se firmó la orden de compra de los valores de referencia por la suma total de 18.658'50 €.
- 7) Hasta el 7 de octubre de 2008 los valores adquiridos por los actores generaron los intereses previstos (1.063'14 € brutos, de los que se descontaba una retención por impuestos de 191'37 € y 9 € en concepto de comisiones).
- 8) A partir de enero de 2009 las cantidades invertidas dejaron de generar intereses. Los actores acudieron a las oficinas de Bankpyme, donde se les informó que la entidad financiera islandesa pasaba por problemas pasajeros y que, cuando se recuperara dicha entidad, volverían a percibir los intereses comprometidos.
- 9) Los demandantes siguieron la evolución del banco finlandés por los medios de comunicación y, en julio de 2009, recibieron una carta de Bankpyme en la que les informaba que el Kaupthing Bank iba a ser nacionalizado y que los bonos serían canjeados posiblemente por acciones de la propia entidad islandesa. En esa carta Bankpyme informaba que todavía no se conocían las proporciones del canje de bonos por acciones.
- 10) Los demandantes se dirigieron en varias ocasiones a Bankpyme con el fin de recuperar sus ahorros sin respuesta favorable a sus pretensiones.
- 11) En junio de 2012 recibieron una comunicación de CaixaBank en la que se les informaba que la citada entidad financiera pasaba a gestionar las cuentas de Bankpyme, custodiando, con ello, los valores en los que los demandantes habían invertido sus ahorros. CaixaBank pasó a girarles los recibos por los gastos de custodia de esos valores.

4.- En cuanto a la fundamentación jurídica de las pretensiones de los Sres. Gustavo - Raimunda, el escrito de demanda hace referencia a la Ley del Mercado de Valores, concretamente a la normativa destinada a proteger a los inversores minoristas. También a las normas sobre protección de consumidores y usuarios (concretamente al RDL 1/2007, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de Consumidores y Usuarios). Por último, hace mención a los preceptos del Código civil referidos a los vicios de consentimiento en la contratación.

Con el fin de identificar las acciones ejercitadas en la demanda, es necesario destacar que los actores consideran que Bankpyme no les ofreció una información clara, completa y adecuada de la inversión que iban a realizar, no les advirtió que se trataba de la adquisición de « *productos tóxicos de gran volatilidad, carentes de garantías y de difícilísima o imposible recuperación* ». Que Bankpyme, como gestor de los ahorros de los demandantes y custodio de los valores adquiridos, estaba obligado a proporcionar a sus clientes una información clara, transparente, completa, concreta y de fácil comprensión de los riesgos que generaba la inversión propuesta.

Consideran, en definitiva, que el consentimiento prestado a Bankpyme estaba viciado por cuanto los empleados de dicha entidad les prestaron deficiente información y ocultaron, dolosamente, elementos esenciales del producto que iban a adquirir y sus riesgos.

5.- Ipme (actual denominación de la entidad Banco de la Pequeña y Mediana Empresa - Bankpyme) se opone a cuanto pretendían los actores alegando tanto excepciones procesales como materiales. En el escrito de contestación a la demanda no se aporta documentación alguna referida a la cuenta abierta por los actores y a la operación de inversión, se indica en la demanda que dicha documentación obra en poder de CaixaBank, pues fue a esa entidad a la que transfirió su cartera de clientes.

6.- La demanda fue ampliada contra CaixaBank, reclamando los demandantes que la citada entidad fuera condenada en términos idénticos a los que debía ser condenada Bankpyme.

7.- CaixaBank se opuso a la demanda alegando excepciones procesales referidas a la falta de legitimación pasiva de dicha entidad, también hizo alegaciones a las cuestiones de fondo planteadas en la demanda. En el escrito de contestación no se aportaba ningún documento referido a la cuenta e inversión de los Sres.

Gustavo - Raimunda . Sí se aportaban distintas resoluciones judiciales en las que se abordaban reclamaciones similares a las que eran objeto de los presentes autos.

SEGUNDO . Sentencia dictada en primera instancia.

8.- Tras diversas vicisitudes procesales, el Juzgado Mercantil 9 de Barcelona dictó sentencia el 23 de junio de 2015 estimando sustancialmente las pretensiones de los demandantes, rechazando tanto las excepciones procesales como materiales.

9.- En el fundamento de derecho segundo define qué son las participaciones preferentes, cómo se comercializaron por Bankpyme y qué obligaciones asumió la entidad frente al cliente.

En este fundamento se concluye que *« las participaciones preferentes, aunque no es un producto "ilegal", están desaconsejados para los clientes minoristas o consumidores por su alta complejidad, elevado riesgo y difícil comprensión. Su comercialización sólo sería válida si la entidad bancaria cumple con un test de información exhaustivo y riguroso, sobre su naturaleza, características y riesgos, destinado a clientes con especiales conocimientos en materia financiera. Por ello, debe rechazarse desde este mismo momento el argumento de la parte demandada de que el banco era un mero depositario de valores y un simple ejecutor de las órdenes de compra dadas por el cliente. El banco asumió un papel mucho más activo, al asesorar de forma personalizada a su cliente en qué podía invertir su dinero, de ahí deba exigírsele un comportamiento diligente y leal hacia la otra parte contratante, debiendo valorar en cada caso, si el producto es o no idóneo según el perfil del inversor y sus conocimientos financieros, debiendo explicarles no sólo aquellos datos favorables que pueden atraer la atención del potencial inversor, como la fecha de vencimiento del producto, o su alta rentabilidad, sino también, los riesgos que conlleva la operación ».*

10.- En el fundamento jurídico tercero la sentencia hace referencia a la alegada excepción de falta de legitimación pasiva *ad causam* alegada por Bankpyme, la demandada consideraba que realmente se debía haber demandado a la entidad financiera islandesa que emitió las participaciones preferentes.

En la sentencia se considera que el objeto del procedimiento es evaluar el servicio de asesoramiento en la inversión realizado por los empleados de Bankpyme, se debe valorar si la conducta de esos empleados fue diligente y actuaron conforme al principio de buena fe en la información facilitada al inversor. Es objeto de autos, por lo tanto, el contrato de administración y depósito de valores, así como el mandato que los actores dieron a la entidad demandada.

11.- En el fundamento jurídico cuarto se analiza la excepción alegada por Caixabank, de falta de legitimación pasiva *ad causam* . Excepción que plantea dicha entidad amparándose en que en la escritura de transmisión del ramo de negocios de Bankpyme no se transferían a la adquirente ni las contingencias ni los pasivos que pudieran generarse.

En la sentencia se analizan distintas resoluciones judiciales dictadas sobre esta materia y, existiendo resoluciones contradictorias, la sentencia se alinea con las tesis que defienden que en la transmisión hubo una sucesión universal, en derechos y obligaciones, y que no son oponibles a terceros los pactos limitativos de la responsabilidad.

12.- En el fundamento quinto se analiza la prescripción de la acción ejercitada (4 años para las acciones de nulidad por error o vicio en el consentimiento conforme al artículo 1301 del Código civil).

Se rechaza que la acción hubiera prescrito por cuanto considera que, aunque el contrato se perfeccionó con la firma, sin embargo, no se habría consumado por cuanto tras la firma quedaban derechos y obligaciones pendientes para ambas partes.

La sentencia establece que la consumación se produciría con el vencimiento del contrato (año 2049) y considera que los actores ejercitaron las acciones correspondientes cuando conocieron realmente el producto que habían contratado.

13.- En el fundamento sexto se aborda la cuestión referida al error o vicio en el consentimiento de los demandantes. El fundamento parte del derecho de información que debe recibir el cliente que adquiere un producto financiero.

Pone en relación ese derecho de información con el error o vicio de consentimiento del cliente que no hubiera sido correctamente informado y asesorado.

En este extenso fundamento se concluye: *« De la prueba practicada, en particular, de los documentos obrantes en autos y de la testifical de la Sra. Genoveva , resultan acreditados los hechos que se exponen en la demanda. En concreto, los Sres. Gustavo y Raimunda , con un claro perfil conservador y sin experiencia en inversiones financieras de riesgo, ingresaron 19.000 euros en una cuenta corriente en la entidad BANKPYME. Su gestora*



bancaria, la Sra. Genoveva , les aconsejó invertir su dinero en un producto financiero llamado KAUPTHING BANK, muy seguro, de renta fija, que les daría una elevada rentabilidad, pudiendo rescatar el capital en cualquier momento.

Los Sres. Gustavo y Raimunda , movidos por la confianza que tenían depositada en su asesora financiera, decidieron invertir esos 19.000 euros en la compra del mencionado producto para lo cual, firmaron el 21 de febrero de 2008, tanto el contrato de administración y depósito de valores como la orden de compra.

En conclusión, el personal del banco infringió el deber de información y ese déficit fue justamente la causa del error que vició el consentimiento alegado por la demandante que suscribió ese producto bancario sin conocer de los riesgos que implicaba la operación, máxime toda vez que la orden de compra aportada a los autos no contiene la información necesaria y suficiente para que la actora pudiera decidir con pleno conocimiento de causa sobre la conveniencia o no de concurrir a tal emisión, máxime cuando se trataba en realidad de un instrumento financiero complejo y de alto riesgo, siendo la información verbal suministrada por el personal del banco claramente insuficiente y la única vía de la que disponía el inversor para conocer de las características del producto. Y dicho error es desde luego excusable, dado que no hay el menor indicio de que estuviese en posesión de los conocimientos necesarios para vencer el mismo, ni que se comportara de forma negligente o descuidada ».

14.- En el fundamento séptimo se analiza y rechaza la excepción de fuerza mayor o caso fortuito alegado por los codemandados, cuestiones ambas referidas a la imprevisibilidad de la crisis económica y de la intervención del banco finlandés en el que se realizó la inversión.

En el fundamento se hace mención a la relación de confianza entre los actores, como clientes de Bankpyme, y la entidad financiera demandada, confianza que fue determinante para la contratación de productos que la entidad financiera ofrecía como seguros y rentables, no informándoles de los riesgos que podían entrañar estas operaciones.

15.- El fundamento octavo hace mención a los efectos de la declaración de nulidad por vicio de consentimiento, nulidad que determinaría la recíproca restitución de prestaciones con los intereses correspondientes.

TERCERO. Motivos de los recursos.

16.- Recurren la sentencia las representaciones de Ipme (con el visto bueno de la administración concursal), y Caixabank. Se opone a la sentencia la representación de los demandantes, también Ipme hace alegaciones al recurso presentado por Caixabank.

17.- Al plantear los motivos de apelación la mercantil Ipme no hace sino reproducir las alegaciones que ya había planteado en la contestación a la demanda:

- 1) Como primer motivo de apelación se plantea la irracionalidad de la sentencia dictada por indebida inadmisión de los medios probatorios propuestos en la contestación a la demanda. En este motivo se incluye una denuncia expresa de la indefensión que a la parte le ha causado la inadmisión de dichos medios de prueba.
- 2) Se reitera la excepción de caducidad de la acción que ya se articuló en la contestación a la demanda.
- 3) La falta de legitimación pasiva *ad causam* de Bankpyme por cuanto el emisor de los valores era la entidad financiera Kaupthing Bank, no Bankpyme. Este motivo se vincula a las acciones ejercitadas por los actores, que son las de nulidad de las órdenes de compra de los valores de la entidad islandesa.
- 4) Errónea valoración de la prueba practicada. Inexistencia de error en el consentimiento de los actores.
- 5) Infracción por no aplicación del artículo 1105 del Código civil . Existencia en el supuesto de autos de caso fortuito o fuerza mayor que rompería el nexo causal.

18.- Al igual que ya hemos indicado al referirnos al escrito de apelación de Ipme, en el caso de Caixabank también se traen a la apelación las principales causas de oposición a la demanda de los Sres. Gustavo - Raimunda :

- 1) Falta de legitimación pasiva *ad causam* tanto de Bankpyme como de Caixabank.
- 2) Caducidad de la acción ejercitada por los demandantes.
- 3) Inexistencia de nulidad por error o vicio en el consentimiento dado el perfil de los demandantes.
- 4) Inexistencia de incumplimiento contractual por falta de prueba del daño.

CUARTO. Consideraciones generales necesarias para resolver el recurso.

19.- No se observan grandes discrepancias entre las partes respecto de los hechos, pero sí respecto de las consecuencias jurídicas de los mismos. Con el fin de facilitar la resolución del recurso consideramos que deben distinguirse distintos negocios jurídicos con incidencia en los presentes autos:

- 1) Un contrato de cuenta corriente por el que los Sres. Gustavo - Raimunda ingresan 19.000 € en Bankpyme.
- 2) Una relación de asesoramiento por parte de empleados de Bankpyme a los hoy demandantes, asesoramiento basado en una relación previa de confianza de los actores hacia la entidad demandada.
- 3) Una orden de inversión dada como consecuencia de ese asesoramiento previo a los Sres. Gustavo - Raimunda . La orden de inversión se refiere a valores de un banco islandés (Kaupthing Bank).
- 4) Los valores adquiridos por los Sres. Gustavo - Raimunda quedan en depósito en Bankpyme, por lo que la entidad financiera se convirtió en la gestora y depositaria de los mismos, cobrando una comisión por estos trámites.
- 5) Por contrato de 1 de diciembre de 2011 Bankpyme transmite a Caixabank su negocio bancario.
- 6) Como consecuencia de la anterior transmisión Caixabank se convierte en gestora de la cuenta corriente y de las tareas de depósito de los valores que los demandantes tenían inicialmente en Bankpyme.

20.- Es fundamental para resolver las pretensiones de las partes determinar:

- 1) Qué grado de información debía facilitar Bankpyme a sus clientes, información previa a la adquisición de valores de una tercera entidad financiera domiciliada fuera de España.
- 2) Debe analizarse si Bankpyme facilitó la información adecuada a los Sres. Gustavo - Raimunda .
- 3) También es un elemento fundamental de la contienda determinar qué incidencia tuvo esa información recibida en la conformación del consentimiento de los demandantes en la compra de los valores del banco islandés.
- 4) En último término, habría que determinar qué efectos que un consentimiento viciado pudiera tener en los distintos negocios jurídicos referidos en el ordinal anterior, así como la posible extensión de esos efectos a Caixabank, como adquirente del negocio bancario de Bankpyme.

21.- Tal y como hemos reseñado, en la sentencia de primera instancia se ha considerado que Bankpyme tenía unas especiales responsabilidades en materia de información a sus clientes, responsabilidades vinculadas a la naturaleza de los valores vendidos (valores que se han considerado complejos, es decir, no destinados a pequeños ahorradores con un perfil conservador en su inversión). Se ha considerado que esa insuficiencia de información ha incidido en el consentimiento prestado por los actores para la adquisición de valores. Como consecuencia de ese consentimiento viciado la compra de valores debe anularse condenando a Bankpyme a devolver la cantidad invertida, más las comisiones satisfechas, detrayendo de esas cantidades las liquidaciones de intereses percibidas por los demandantes. En la sentencia se extiende la obligación de restituir no sólo a Bankpyme, sino también a Caixabank, como adquirente del negocio bancario de la anterior.

22.- Por distintos juzgados y tribunales han conocido procedimientos similares, derivados de la comercialización por parte de Bankpyme de diversos productos financieros entre sus clientes. Estos procedimientos han dado lugar a resoluciones en algunos puntos contradictorias, resoluciones que impiden tener hasta la fecha una solución uniforme a las pretensiones de los inversores. De hecho, hay dos recursos de casación, contra resoluciones de la audiencia de Baleares, admitidos a trámite y pendientes de sentencia por el Tribunal Supremo (autos de admisión de 15 de junio de 2016 - ECLI:ES:TS:2016:5606A y ECLI:ES:TS:2016:5607) .

QUINTO. Sobre el contrato de cuenta corriente.

23.- Los Sres. Gustavo - Raimunda inician su relación jurídica con Bankpyme abriendo una cuenta corriente el 28 de enero de 2008 (documento nº 1 de la demanda), el 21 de febrero de 2008 realizan la compra de valores de Kaupthing Bank por medio de esa cuenta corriente (documentos nº 4 y 6 de la demanda), pagan los gastos e impuestos derivados de esa compra a través de la cuenta corriente, por medio de esa cuenta pagan los gastos de gestión y depósito a favor de la entidad financiera y es esa cuenta corriente la que se transmite a Caixabank (el documento nº 10 de la demanda es un extracto de la cuenta corriente de los actores que refleja los movimientos desde la apertura de la misma en enero de 2008).

24.- No debe vincularse la apertura de la cuenta corriente por los Sres. Gustavo - Raimunda , con la decisión de adquirir participaciones preferentes de un banco islandés, comercializada por Bankpyme.

SEXTO. Sobre las circunstancias de la contratación de productos financieros por los demandantes.



25.- En el escrito de demanda se indica que los Sres. Gustavo - Raimunda adquirieron los valores de la entidad financiera islandesa aconsejados por la Sra. Genoveva, empleada de Bankpyme encargada de la gestión de la cuenta. Fue la Sra. Genoveva quien les recomendó poner sus ahorros en un producto de renta fija.

26.- En la sentencia se considera probado que la inversión en valores de Kaupthing Bank se realizó como consecuencia del consejo recibido. La prueba determinante en este punto es la prueba documental ya que finalmente no declaró la Sra. Genoveva ni en primera ni en segunda instancia.

27.- Pese a no haberse practicado la prueba de testigos, lo cierto es que no hay en autos referencia documental alguna que permita conocer con detalle el modo en el que se comercializaron estos valores, Bankpyme en su recurso hace referencia a que la información se facilitó verbalmente y que los demandantes dieron verbalmente la orden de compra, de modo que los documentos 4 y 6 de la demanda son mera ejecución de esa orden de compra.

Como hemos indicado, no hay en autos referencia alguna a la información que la entidad financiera islandesa facilitó a Bankpyme para comercializar el producto. No ha sido posible determinar, de modo general, la información y razones que llevaron a Bankpyme a asumir las funciones de intermediación en la venta de estas participaciones preferentes, qué información previa le pudo facilitar la entidad islandesa y cuál pudo ser el proceso por el que se publicitaron estos productos a los clientes de Bankpyme.

28.- No se cuestiona en los recursos que los valores del banco islandés fueron adquiridos por los actores por sugerencia de los empleados de la entidad, que fueron los empleados los que informaron de la existencia de estos productos, de sus características y condiciones.

Aun aceptando que los demandantes quisieran depositar sus ahorros en unas condiciones que les garantizaran cierta rentabilidad, lo cierto es que no hay prueba alguna que permita considerar acreditado que los Sres. Gustavo - Raimunda se interesaran de modo concreto por los valores o preferentes de un banco islandés, que los conocieran de antemano. La información sobre este producto sólo pudo venir de la entidad. Como analizaremos en fundamentos posteriores, la jurisprudencia ha trasladado a los comercializadores de estos productos la carga de probar el modo en el que se informó a los clientes.

Por lo tanto, no puede considerarse que Bankpyme fuera un mero mandatario de la orden de compra, hubo una actividad previa de presentación del producto, de información sobre el mismo. La confianza de los actores en la entidad financiera, su confianza específica en la gestora asignada para su cuenta, la solvencia y profesionalidad de Bankpyme fueron, sin duda, determinantes para la contratación.

SÉPTIMO. Sobre el tipo de producto adquirido por los actores.

29.- Los Sres. Gustavo - Raimunda adquirieron el 28 de febrero de 2008 valores (participaciones preferentes) de la entidad financiera islandesa Kaupthing Bank. En la orden de compra de esos valores aparecen acompañados de la referencia 6'75% (documento 4 de la demanda), referencia que se vincula al interés anual que generaban los valores.

30.- En el fundamento segundo de la demanda estos valores se consideran productos de inversión compleja, desaconsejables para clientes minoristas o consumidores dada su «alta complejidad, elevado riesgo y difícil comprensión».

31.- Ipme en su escrito de contestación niega que se trata se un producto complejo o de alto riesgo.

32.- El Tribunal Supremo ha abordado el carácter complejo de las participaciones preferentes en diversas resoluciones, la última de ellas de 24 de octubre de 2016 (ECLI:ES:TS:2016:4545).

En esta resolución, con mención a otras sentencias del propio Tribunal, se considera, de modo general, que las participaciones preferentes «vienen a ser un "híbrido financiero", pues combinan caracteres propios del capital y otros de la deuda»: «son valores atípicos de carácter perpetuo, que contablemente forman parte de los recursos propios de la sociedad que los emite, pero no otorgan derechos políticos al inversor y sí una retribución fija, condicionada a la obtención de beneficios. Esta remuneración se asemeja, de un lado, a la renta fija porque está predeterminada y no es acumulativa, y de otro a la renta variable en la medida en que depende de la obtención de suficientes beneficios». En la sentencia 102/2016, de 25 de febrero, nos extendimos con mayor detalle en la caracterización de este producto, para abordar el mismo problema que se plantea ahora sobre la validez del negocio de comercialización de las participaciones preferentes: «La CNMV describe las participaciones preferentes como valores emitidos por una sociedad que no confieren participación en su capital ni derecho de voto, con vocación de perpetuidad y cuya rentabilidad no está garantizada. Se trata de un producto de inversión complejo y de riesgo elevado, que puede generar rentabilidad, pero también pérdidas en el capital invertido. En la misma línea, el Banco de España las define como un instrumento financiero emitido por una sociedad que no otorga derechos políticos al inversor, ofrece una retribución fija (condicionada a la obtención de beneficios)



y cuya duración es perpetua, aunque el emisor suele reservarse el derecho a amortizarlas a partir de los cinco años, previa autorización del supervisor» .

33.- Partiendo de este criterio jurisprudencial, entendemos que el Tribunal Supremo considera que cualquier tipo de participación preferente emitido por cualquier empresa o entidad financiera tendría la consideración de producto complejo atendiendo a los siguientes factores:

- (1) La inversión en participaciones preferentes no garantiza al inversor la completa recuperación del capital.
- (2) El inversor no dispone de mecanismos o instrumentos para intervenir o participar en el capital de la sociedad en la que invierte.
- (3) La rentabilidad del producto se vincula a la obtención de beneficios por parte de la entidad que emite las preferentes. De modo que, si el emisor no tiene beneficios no se puede satisfacer la rentabilidad publicitada en los términos en los que se publicita.
- (4) Se trata de una inversión que normalmente se realiza a perpetuidad, en la que la posibilidad de recompra de las participaciones por parte de la entidad que las emite ha de ser expresamente pactada y aceptada por el emisor.
- (5) Los derechos del inversor, como acreedor de la entidad que emite las participaciones, tienen la consideración de deuda subordinada, es decir, las expectativas de cobro quedan postergadas frente a otros acreedores.

Por lo tanto, el tipo de producto, sea quien sea el emite de las participaciones, es un producto complejo que exige un especial cuidado en la información que se facilita al inversor. Sirva como referencia que el Tribunal Supremo ha considerado las preferentes como productos complejos en participaciones emitidas por General Motors y British Airways (en la Sentencia de 24 de octubre de 2016); en las participaciones del propio Kaupthing Bank islandés (STS de 16 de noviembre de 2016 - ECLI:ES:TS:2016:5109); en participaciones de entidades financieras españolas como Bancaja (STS de 6 de octubre de 2016 - ECLI:ES:TS:2016:4290). Todas estas entidades al tiempo de la emisión de las participaciones podían gozar de una imagen muy sólida en los mercados de inversión.

Luego el carácter complejo de las participaciones preferentes no se vincula a la imagen o solvencia del emite, sino a la concurrencia de estos elementos de riesgo de no garantía del capital, de vinculación del rendimiento al beneficio, de la no intervención del inversor en las decisiones de la compañía, de la perpetuidad de la inversión y de la naturaleza subordinada del crédito.

OCTAVO. Sobre la calificación de la relación jurídica que une a la entidad financiera con su cliente como un asesoramiento financiero y no como una mera intermediación.

34.- Para poder determinar qué tipo de información debía facilitar Bankpyme es necesario determinar el tipo de intervención que tuvo Bankpyme en la comercialización de las preferentes, si se trataba de una mera comisión o mediación mercantil, o si debe considerarse asesoramiento en la inversión.

En este punto el Tribunal Supremo, siguiendo la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, ha considerado que no depende de la naturaleza del instrumento financiero que comercializa, sino de la forma en que los productos se ofrecen al cliente o posible cliente.

Concluye el Tribunal Supremo que *«la condición de comisionista en el mercado de valores, cuando promueve la suscripción de productos de inversión mediante su ofrecimiento a sus clientes efectivos o potenciales (salvo que se divulgue exclusivamente a través de canales de distribución o vaya destinada al público), no excluye la existencia de una relación de asesoramiento, que no exige como requisito para su existencia la suscripción de un contrato específico ad hoc (sentencia 489/2015, de 16 de septiembre) ni puede ser eludida por el banco mediante la inclusión de cláusulas exoneratorias predispuestas en los contratos que celebre con los clientes, por cuanto que las obligaciones para con sus clientes, en especial los minoristas, derivadas de esa relación de asesoramiento tienen carácter imperativo. Para que estemos ante una relación de asesoramiento, en la que la empresa de inversión debe cumplir los rigurosos deberes de información al cliente minorista impuestos por la normativa sobre el mercado de valores, basta con que la iniciativa de contratar parta de la empresa de inversión, que sea esta la que ofrezca el producto a su cliente recomendándole su adquisición»* (STS de 16 de noviembre de 2016 - ECLI:ES:TS:2016:5109).

NOVENO. Sobre los deberes de información de Bankpyme en la comercialización de este tipo de productos.

35.- Calificadas las participaciones preferentes como productos financieros complejos, la jurisprudencia se ha consolidado y ha considerado que recae sobre la comercializadora de los productos el deber de informar sobre sus productos, deber de información que se reputa especial ya que debía ser *«clara, correcta, precisa,*



suficiente y entregada a tiempo para evitar su incorrecta interpretación y haciendo hincapié en los riesgos que cada operación conlleva, muy especialmente en los productos financieros de alto riesgo, de forma que el cliente conozca con precisión los efectos de la operación que contrata. Cualquier previsión o predicción debe estar razonablemente justificada y acompañada de las explicaciones necesarias para evitar malentendidos» (así en la citada STS de 24 de octubre de 2016, refiriéndose a jurisprudencia anterior referida al RDL 629/1993, de 3 de mayo, que establecía las normas de actuación en los mercados de valores y registros obligatorios, desarrollaba las normas de conducta que debían cumplir las empresas del mercado de valores).

La jurisprudencia citada recuerda que la información debía alcanzar al riesgo de pérdida de la inversión, total o parcial, en caso de insolvencia del emisor. Así el Tribunal Supremo ha reiterado en varias ocasiones que entre la información que debe ser suministrada al cliente debería incluirse «el riesgo de pérdida de la inversión en caso de insolvencia del emisor».

De modo todavía más contundente, la Sentencia de 16 de noviembre de 2016 considera que la entidad comercializadora «debió informar en términos claros y precisos, y con suficiente antelación a la contratación, no solo de la naturaleza compleja y de riesgo del producto ofertado (el cliente no podía saber que se trataba de un producto «especulativo», como se afirma en la sentencia recurrida, si no se le informaba de ello, tanto más si se ofertaba como un producto de renta fija), sino también del concreto riesgo de pérdida de la inversión en caso de insolvencia del emisor».

36.- Los deberes de información que asumen las entidades financieras que comercializan estos productos vienen definidos en la Ley del Mercado de Valores (LMV.Ley 24/1988). Esta Ley ha sido reformada y adaptada a la denominada normativa MiFID, nombre con el que comúnmente se conoce la Directiva 2004/39/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 21 de abril de 2004 relativa a los mercados de instrumentos financieros, por la que se modifican las Directivas 85/611/CEE y 93/6/CEE del Consejo y la Directiva 2000/12/CE del Parlamento Europeo y del Consejo y se deroga la Directiva 93/22/CEE del Consejo.

El Tribunal Supremo ha definido el alcance del deber de información de la entidad financiera tanto en el supuesto de comercialización de productos anterior a la reforma de la Ley 24/1988 llevada a efecto por la Ley 47/2007, como en el supuesto de comercialización posterior a esta fecha. La STS de 24 de octubre de 2016 hace referencia a los deberes de información de las entidades anteriores a la incorporación de las normas MiFID. La STS de 16 de noviembre de 2016 hace referencia a los deberes tras la incorporación de las normas MiFID.

37.- En el supuesto de autos los demandantes recibieron la información en enero de 2008, la Ley 47/2007 entraba en vigor al día siguiente de su publicación (BOE de 20 de diciembre de 2007). Por lo que serían de aplicación los parámetros de información introducidos por esa reforma y analizados por la STS de 16 de noviembre de 2016, que sintetiza el estado de la jurisprudencia hasta la fecha:

«Como afirmamos en la sentencia 614/2016, de 7 de octubre, tras la incorporación a nuestro Derecho de la normativa MiFID, la Ley 47/2007, de 19 de diciembre, obliga a las entidades financieras a clasificar a sus clientes como minoristas o profesionales (art. 78 bis de la Ley del Mercado de Valores). Y si se encuadran en la primera categoría, las citadas entidades financieras deben asegurarse de la idoneidad y conveniencia de los productos ofrecidos, y deben suministrar a estos clientes una información completa y suficiente, y con la antelación necesaria, sobre los riesgos que conllevan (art. 79 bis de la Ley del Mercado de Valores). Asimismo, el Real Decreto 217/2008, de 15 de febrero, sobre el régimen jurídico de las empresas de servicios de inversión y de las demás entidades que prestan servicios de inversión, establece en sus arts. 72 a 74 que las entidades que presten servicios de inversión tienen, entre otras, las siguientes obligaciones: (i) Evaluar la idoneidad y conveniencia para el cliente del producto ofrecido, en función de sus conocimientos y experiencia necesarios para comprender los riesgos inherentes al mismo; (ii) La información relativa a los conocimientos y experiencia del cliente incluirá los datos sobre: a) Los tipos de instrumentos financieros, transacciones y servicios con los que esté familiarizado el cliente; b) La naturaleza, el volumen y la frecuencia de las transacciones del cliente sobre instrumentos financieros y el período durante el que se hayan realizado; c) El nivel de estudios, la profesión actual y, en su caso, las profesiones anteriores del cliente que resulten relevantes.

Como afirmamos en la sentencia 1454/2015, de 3 de febrero, el test de idoneidad opera, cuando sea de aplicación la normativa MiFID, en caso de que se haya prestado un servicio de asesoramiento en materia de inversiones o de gestión de carteras mediante la realización de una recomendación personalizada. La entidad financiera que preste estos servicios debe realizar un examen completo del cliente, mediante el denominado test de idoneidad, que suma el test de conveniencia (conocimientos y experiencia) a un informe sobre la situación financiera (ingresos, gastos y patrimonio) y los objetivos de inversión (duración prevista, perfil de riesgo y finalidad) del cliente, para recomendarle los servicios o instrumentos que más le convengan.



La inclusión expresa en nuestro ordenamiento de la normativa MiFID, en particular el artículo 79 bis de la Ley del Mercado de Valores (actualmente arts. 210 y ss. del Texto Refundido de dicha Ley, aprobado por el Real Decreto Legislativo 4/2015, de 23 de octubre), y su normativa reglamentaria de desarrollo, acentuó la obligación de la entidad financiera de informar debidamente al cliente de los riesgos asociados a este tipo de productos complejos, puesto que siendo el servicio prestado de asesoramiento financiero, el deber que pesa sobre la entidad recurrente no se limita a cerciorarse de que el cliente minorista conoce bien en qué consistía el producto (en este caso, participaciones preferentes) que contrata y los concretos riesgos asociados al mismo, sino que además debe evaluar que, en atención a su situación financiera y al objetivo de inversión perseguido, es lo que más le conviene (sentencias de esta Sala núm. 460/2014, de 10 de septiembre, 769/2014, de 12 de enero de 2015, y 102/21016, de 25 de febrero)».

38.- En los autos no hay constancia alguna de que los hoy demandantes recibieran información detallada respecto del producto que adquirirían, tampoco hay constancia en autos de que la entidad demandada hubiera evaluado el tipo de perfil de sus clientes, con carácter previo a ofrecerles este tipo de productos. No hay constancia alguna del grado de detalle que ofrecieron a los actores antes de que ellos tomaran la decisión de inversión. Correspondía a la entidad financiera traer al procedimiento la información facilitada, el modo en el que se había facilitado y las indagaciones sobre el perfil inversor de sus clientes.

Cierto es que en las actuaciones no se ha practicado la declaración de la Sra. Genoveva, pero, en todo caso, esta declaración no puede suplir la falta de aportaciones documentales en las que se constate tanto el test de idoneidad de los actores como el test de conveniencia respecto del producto contratado. Tampoco hay referencia alguna a folletos informativos en los que de modo sereno, pausado y reflexivo los demandantes hubieran podido conocer los detalles y riesgos de su inversión.

39.- Por lo tanto, el quebranto de los deberes de información por parte de Bankpyme es incuestionable, generando la responsabilidad de la entidad financiera por esa falta de información.

DÉCIMO. Incidencia de la falta de información al inversor en la conformación de su consentimiento para adquirir los valores ofrecidos.

40.- El quebranto de los deberes de información de la entidad comercializadora a sus clientes tiene una incidencia capital en la conformación del consentimiento del adquirente de los productos.

Advierte el Tribunal Supremo que «*el que se imponga a la entidad financiera que comercializa productos financieros complejos, como las participaciones preferentes, el deber de suministrar al cliente inversor no profesional una información comprensible y adecuada de tales instrumentos (o productos) financieros, que necesariamente ha de incluir «orientaciones y advertencias sobre los riesgos asociados a tales instrumentos», muestra que esta información es imprescindible para que el inversor no profesional pueda prestar válidamente su consentimiento. De tal forma que el desconocimiento de estos concretos riesgos asociados al producto financiero que contrata, pone en evidencia que la representación mental que el cliente se hacía de lo que contrataba era equivocada. Y este error es esencial pues afecta a las presuposiciones que fueron causa principal de la contratación del producto financiero.*

»*Es jurisprudencia constante de esta sala que «lo que vicia el consentimiento por error es la falta de conocimiento del producto contratado y de los concretos riesgos asociados al mismo, que determina en el cliente inversor no profesional que lo contrata una representación mental equivocada sobre el objeto del contrato, pero no el incumplimiento por parte de la entidad financiera de los deberes de información expuestos, pues pudiera darse el caso de que ese cliente concreto ya conociera el contenido de esta información. Sin perjuicio de que en estos casos hayamos entendido que la falta de acreditación del cumplimiento de estos deberes de información permite presumir en el cliente la falta del conocimiento suficiente sobre el producto contratado y sus riesgos asociados que vicia el consentimiento. No es que este incumplimiento determine por sí la existencia del error vicio, sino que permite presumirlo» (sentencia 560/2015, de 28 de octubre, con cita de la sentencia 840/2013, de 20 de enero de 2014).*

»*De este modo en nuestro caso debía operar la presunción de error vicio como consecuencia de la falta de acreditación del cumplimiento del deber de prestar una información clara y completa sobre los concretos riesgos que se asumían con la contratación de las participaciones preferentes ofertadas por Bankinter a los demandantes, que finalmente adquirieron el 1 de octubre de 2004» (cita de la STS de 24 de octubre de 2016).*

41.- En la misma STS de 24 de octubre de 2016 se afirma que «*sin perjuicio de quién fuera la entidad emisora de las participaciones preferentes, a los efectos del presente proceso, se sobreentiende que su comercialización se realizó entre Bankinter y los demandantes, razón por la cual la nulidad afecta exclusivamente a esta comercialización y los efectos consiguientes alcanzan a una y otros, partes en la comercialización.*



Por ello, los efectos de la nulidad son los acordados en la sentencia de primera instancia: Bankinter deberá restituir la inversión entregada por los demandantes para la contratación de las preferentes, 120.000 euros cada uno, más el interés devengado desde que fueron entregados; y los demandantes deberán entregar a Bankinter los rendimientos percibidos más los intereses desde la fecha de cada ingreso» .

En los hechos analizados por el Tribunal Supremo se trataba de unas participaciones preferentes de General Motors y British Airways, comercializadas por Bankinter. El Tribunal Supremo, confirmando el pronunciamiento de la primera instancia, opta por la nulidad de la operación de compra de valores, aunque esa compra se realizaba entre el cliente de la entidad y los emisores de las preferentes.

42.- Por el contrario, la STS de 16 de noviembre de 2016 (ya citada) el enfoque que se ofrece es el de la indemnización de daños y perjuicios, considera el Supremo que *«cabía ejercitar una acción de indemnización de daños y perjuicios basada en el incumplimiento de los deberes inherentes al test de idoneidad y a la consiguiente información a prestar al cliente minorista, siempre que de dicho incumplimiento se hubiera derivado el perjuicio que se pretende sea indemnizado. Este perjuicio es la pérdida de la inversión, como consecuencia de la quiebra del emisor de las participaciones preferentes .*

De tal forma que cabe atribuir al incumplimiento de los deberes inherentes a la exigencia del test de idoneidad y de información clara, precisa, imparcial y con antelación de los riesgos inherentes al producto ofertado, la consideración de causa jurídica del perjuicio sufrido, pues si no consta que el demandante fuera inversor de alto riesgo (o, cuanto menos, que no siéndolo, se hubiera empeñado en la adquisición de este producto), el banco debía haberse abstenido de recomendar su adquisición, por lo que, al hacerlo, y al no informar sobre los riesgos inherentes al producto, propició que el demandante asumiera el riesgo que conllevó la pérdida de la inversión .

Esta sentencia entronca con lo ya establecido por el Supremo en las sentencias 754/2014, de 30 de diciembre , 397/2015, de 13 de julio , y la 398/2015, de 10 de julio . La STS de 16 de noviembre de 2016 se refiere a participaciones preferentes de Kaupthing Bank, al igual que en los presentes autos.

43.- Aunque se puede justificar la obligación de Bankpime por el error como vicio de consentimiento, pues es evidente que la orden de compra estuvo viciada por la información errónea proporcionada por la concursada (petición principal), conforme con la jurisprudencia expuesta consideramos más adecuado articular el pronunciamiento indemnizatorio no tanto por la nulidad del contrato, sino por el de indemnización de daños y perjuicios derivados de la incorrecta información facilitada por el intermediario al cliente (petición subsidiaria), tal y como ha resuelto el Tribunal Supremo en la citada Sentencia de 16 de noviembre de 2016 . De hecho en la demanda no se postula la nulidad del contrato de compraventa como tal, contrato en el que no intervino Bankpime, sino *"la nulidad del contrato de depósito y administración de valores y de las órdenes de compra"* de los valores de Kaupthing Bank. De esta forma se salva el problema de índole de procesal, esgrimido por las recurrentes, de anular un contrato sin haber sido parte el emisor de las participaciones.

La legitimación pasiva de Bankpime y su condena al pago de la cantidad invertida por los demandantes se deriva por ser la entidad que comercializó las preferentes y que debió informar a los interesados de las características y riesgos del producto ofrecido. Sólo a ella se le puede imputar la carencia de información, por lo que las consecuencias deben recaer sobre quien, teniendo el deber de informar, no informó correctamente.

UNDÉCIMO.- Sobre la posible prescripción de la acción de nulidad por vicios de consentimiento.

44.- Esta cuestión fue planteada en primera instancia y resuelta en el fundamento quinto de la sentencia. Allí se entendió que la acción de nulidad por vicio de consentimiento podía ejercitarse en la medida en la que no se había consumado el contrato, consumación que no se producía hasta la fecha de vencimiento del contrato (julio de 2049).

45.- La alegación se reproduce en el recurso de apelación, donde se vuelve a invocar la jurisprudencia clásica sobre el alcance del artículo 1301 del Código civil (Cc), que establece el plazo de 4 años para el ejercicio de la acción de nulidad, en realidad anulabilidad, por vicio de consentimiento.

El Tribunal Supremo ha sentado, finalmente, una jurisprudencia correctora del alcance de este precepto entendiendo que *«la diferencia de complejidad entre las relaciones contractuales en las que a finales del siglo XIX podía producirse con más facilidad el error en el consentimiento, y los contratos bancarios, financieros y de inversión actuales, es considerable. Por ello, en casos como el que es objeto del recurso no puede interpretarse la "consumación del contrato" como si de un negocio jurídico simple se tratara. En la fecha en que el art. 1301 del Código Civil fue redactado, la escasa complejidad que, por lo general, caracterizaba los contratos permitía que el contratante aquejado del vicio del consentimiento, con un mínimo de diligencia, pudiera conocer el error padecido en un momento más temprano del desarrollo de la relación contractual. Pero en el espíritu y la finalidad de la norma se encontraba el cumplimiento del tradicional requisito de la "actio nata", conforme al cual el cómputo del plazo de ejercicio de la acción, salvo expresa disposición que establezca lo contrario, no puede empezar a*

computarse al menos hasta que se tiene o puede tenerse cabal y completo conocimiento de la causa que justifica el ejercicio de la acción. Tal principio se halla recogido actualmente en los principios de Derecho europeo de los contratos (art. 4:113).

»En definitiva, no puede privarse de la acción a quien no ha podido ejercitarla por causa que no le es imputable, como es el desconocimiento de los elementos determinantes de la existencia del error en el consentimiento.

»Por ello en relaciones contractuales complejas como son con frecuencia las derivadas de contratos bancarios, financieros o de inversión, la consumación del contrato, a efectos de determinar el momento inicial del plazo de ejercicio de la acción de anulación del contrato por error o dolo, no puede quedar fijada antes de que el cliente haya podido tener conocimiento de la existencia de dicho error o dolo. El día inicial del plazo de ejercicio de la acción será, por tanto, el de suspensión de las liquidaciones de beneficios o de devengo de intereses, el de aplicación de medidas de gestión de instrumentos híbridos acordadas por el FROB, o, en general, otro evento similar que permita la comprensión real de las características y riesgos del producto complejo adquirido por medio de un consentimiento viciado por el error».

Esta doctrina ha sido reiterada en las sentencias 489/2015, de 16 de septiembre, y 102/2016, de 25 de febrero » (cita de la STS de 11 de junio de 2003, reseñada por la STS de 29 de junio de 2016 - ECLI:ES:TS:2016:3138).

46.- Conforme a la doctrina citada debe rechazarse la excepción de prescripción alegada por las codemandadas, desestimándose, con ello, este motivo de apelación.

DUODÉCIMO. Sobre la extensión de la responsabilidad a Caixabank, como adquirente del negocio bancario de Bankpyme.

47.- Esta cuestión ha dado lugar a criterios contradictorios en distintos juzgados y tribunales, como ya hemos indicado, se han admitido a trámite dos recursos de casación contra dos sentencias de la Audiencia Provincial de Baleares en las que fue condenada Caixabank.

48.- El punto de partida debe ser el contrato firmado entre Caixabank y Bankpyme el inicialmente como documento privado de 29 de septiembre de 2011, elevado a público el 1 de diciembre de 2011 (documento 1 bis de los aportados con la contestación de Caixabank, folio 191 y siguientes de las actuaciones).

El contrato se denomina contrato de compraventa de negocio y cierre del contrato. Los elementos adquiridos son los elementos patrimoniales que conforman dicho negocio bancario de Bankpyme.

Expresamente se indica que la transmisión se realiza sin sucesión universal (folio 198 de las actuaciones), aunque en el folio 8 de la escritura se indica que Caixabank asumía determinados pasivos.

En el punto segundo de la escritura de otorgamiento se indica que el precio satisfecho es de dieciséis millones de euros.

En el documento privado, anexo a la escritura, se detallan las condiciones de la compraventa. Allí expresamente se indica que Bankpyme no puede continuar su actividad bancaria ya que no puede recapitalizarse en los términos que exige la legislación bancaria española.

Los elementos que se transmiten son, en lo que interesa a estas actuaciones, la tesorería, y depósitos del vendedor en otras entidades de crédito, la cartera de inversión crediticia, valores representativos de deuda en el activo del balance, las cuentas de orden relacionadas con el negocio transmitido, el pasivo de clientes (depósitos), débitos representados por valores negociables, y la titularidad - de dominio o en condición de arrendatario, según sea el caso - de las oficinas bancarias del vendedor y de sus respectivos empleados.

En el punto 4 se relacionan los activos y pasivos no cedidos. Expresamente se indica que el comprador no asumirá ni adquirirá ningún pasivo del vendedor distinto de los expresamente asumidos en la cláusula 2.2 anterior. En particular, se excluyen de la operación contemplada en el presente contrato y constituyen pasivos retenidos por el vendedor y no transmitidos al comprador los pasivos contingentes tales como reclamaciones contractuales y extracontractuales presentes o futuras que pueda derivarse de la actividad del vendedor pasada o futura.

Se indica además que el vendedor mantendrá indemne al comprador por los daños y perjuicios que pudiera sufrir como consecuencia de pasivos no cedidos.

49.- Atendiendo al contenido literal del contrato, algunas audiencias provinciales han considerado que no existía sucesión universal, por tanto, Caixabank no asumía las responsabilidades, riesgos o contingencias que se hubieran generado con anterioridad a la transmisión de las cuentas y depósitos.

Por otra parte, la responsabilidad de Bankpyme se habría producido en el momento del asesoramiento para la adquisición de participaciones preferentes, negocio jurídico con virtualidad propia, que puede identificarse



perfectamente y considerarse una actuación puntual e independiente del resto de negocios jurídicos existentes entre los demandantes y la entidad financiera. La incorrecta información facilitada al cliente es imputable a Bankpyme y, por lo tanto, debe ser Bankpyme la que asuma la responsabilidad, sin que se transmita ésta a Caixabank, que años después adquirió una parte del negocio bancario de Bankpyme.

Este criterio es el que se mantiene por la Audiencia Provincial de Valencia, sección 9ª, en Sentencia de 12 de marzo de 2014, reiterado en Sentencia de 10 de diciembre de 2014 (ECLI:ES:APV:2014:5685). En esta sentencia se afirma que: *«No estamos ante un negocio jurídico de cesión contrato, sino ante una compraventa del negocio bancario como unidad económica, que conlleva una cesión de activos y pasivos relacionados con el negocio transmitido, de la que se excluyen determinados pasivos contingentes y reclamaciones contractuales presentes o futuras, y la entidad Bankpyme sigue con plena personalidad jurídica. La entidad adquirente del negocio responde del contenido del negocio adquirido no de aquello que está fuera del mismo y no se da la sustitución contractual, en ese contrato de intermediación en la concreta orden de compra de un producto financiero sin constar, en el presente caso, la existencia de un negocio contractual entre los actores y Bankpyme de un contrato de gestión de cartera o incluso de tal depósito, sino únicamente un contrato de cuenta corriente, 8doc.8 y 9) y aquel producto financiero o de inversión no está en el negocio transmitido al no ser emitido ni por Bankpyme ni por Caixabank, luego no constituye un activo ni pasivo transmitido por tal negocio, para legitimar la responsabilidad de dicha entidad.»*

Este criterio ha sido seguido por otras resoluciones de otras audiencias provinciales (seguidas, entre otras, por la Sentencia de la Audiencia Provincial de Girona, Sec. 1ª, de 27 de mayo de 2014 - ROJ: SAP GI 455/2014 - y la Sentencia de la Audiencia Provincial de Logroño, Sec. 1ª, de 30 de julio de 2015 - ROJ: SAP LO 360/2015 o la Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid, Sección 19ª, de 22 de junio de 2016, ROJ 8515/2016).

50.- Sin embargo, otras audiencias provinciales han considerado que sí existe sucesión universal por parte de Caixabank respecto del área de negocio adquirida y, por lo tanto, entienden que Caixabank ha de ser considerada responsable de estos pasivos contingentes (Sentencia de la Audiencia Provincial de Baleares, Sec. 3ª, de 6 de noviembre de 2014 - ROJ: SAP IB 2057/2014 -, Sentencia de la Audiencia Provincial de Castellón, Sec. 3ª, de 10 de abril de 2014 - ROJ: SAP CS 353/2014 - y Sentencia de la Audiencia Provincial de Baleares, Sec. 5ª, de 28 de diciembre de 2015 -SAP IB 2237/2015). Según las sentencias citadas de la Audiencia Provincial de Baleares, la cesión del negocio bancario comporta también que CAIXABANK asume la posición contractual de Bankpyme en las relaciones contractuales en que dicho negocio consiste. *"La responsabilidad contractual de CAIXABANK -dice la primera de la sentencias citadas- deriva de una cesión contractual, que implica una subrogación en la totalidad de los derechos y obligaciones del contrato. Así las cosas, ninguna relevancia tiene que actualmente siga operando la entidad cedente en el tráfico jurídico, aun con otra denominación y distinto objeto social, porque ello no resta un ápice de legitimación pasiva en esta litis a la entidad que adquirió la totalidad del negocio bancario de aquélla, subrogándose en los contratos celebrados y asumiendo su posición en los mismos. Todo ello, sin perjuicio de la acción de repetición que pueda competir a CAIXABANK, S.A. frente a su cedente y con base en los pactos contractuales celebrados entre ellas."*

51.- Planteados los términos del debate y aunque admitimos que la cuestión suscita dudas jurídicas (prueba de ello es la existencia de puntos de vista distintos en esta misma Sección, que ha motivado el cambio de ponente y la emisión de un voto particular discrepante), estimamos que la responsabilidad surgida con ocasión de la intermediación de Bankpyme en la compra de valores de la entidad islandesa no se transmitió a CAIXABANK como adquirente del negocio bancario de la concursada.

52.- En efecto, como punto de partida hemos de señalar que la asunción de deudas, en términos generales, exige el consentimiento del nuevo deudor (en este caso Caixabank), tanto si se transmite una única relación obligatoria como si la deuda se pretende ceder conjuntamente con la venta de una empresa, unidad productiva o una rama de negocio (artículos 1.203 y 1.205 del Código Civil). Esto es, en nuestro Ordenamiento la transmisión de una empresa no conlleva la asunción automática por el adquirente de las obligaciones contraídas por el transmitente, salvo, claro está, en aquellos supuestos en los que la Ley contempla expresamente la responsabilidad solidaria del cesionario (como ocurre con las obligaciones laborales no satisfechas nacidas con anterioridad a la transmisión, conforme al artículo 44.3º del ET o las obligaciones tributarias del anterior titular conforme al artículo 42.1,c/ de la Ley General Tributaria).

No ocurre lo mismo en otros Ordenamientos, en los que, de una u otra manera, y con distintos mecanismos de salvaguarda para el comprador (como la posibilidad de limitar la responsabilidad a los bienes cedidos o la admisión de pactos en contrario), se contempla la asunción *ex lege* por el adquirente de las deudas pendientes en caso de venta de empresa. De igual modo el Proyecto de Código Mercantil prevé en su artículo 132.6,2º que *" el transmitente de la empresa responderá solidariamente con el adquirente de todas las deudas contraídas por la organización de la empresa y el ejercicio de la actividad empresarial con anterioridad a la transmisión"*, si bien, para garantizar el conocimiento y aceptación de la deuda por el adquirente, el apartado primero señala

que el adquirente sólo asume las deudas "que resulten de la documentación contable y empresarial, y aquellas otras que se pacten expresamente".

El Tribunal Supremo también descarta que la transmisión de la empresa implique la asunción por el adquirente de las obligaciones previas a la venta. Así, la Sentencia de 25 de febrero de 1960 (ECLI:ES:TS:1960:260) dice al respecto lo siguiente:

"...Sentada la anterior doctrina es consecuencia obligada que al adquirir el recurrente la empresa "Gran Café Restaurante Español", de Santiago de Compostela, sin pacto expreso alguno en cuya virtud el adquirente asumiera las deudas del negocio, sino que, por el contrario, con la expresa convención de que se transmitía libre de todo impuesto, responsabilidades, sanciones y gravámenes, no asumió las obligaciones que pesaban sobre su anterior titular, derivadas de acciones personales y que no gravaban en forma real la empresa, ni sus elementos; por lo que la sentencia recurrida al admitir lo contrario interpretó erróneamente los artículos 1.088 , 1.089 y 1.254 del Código Civil , por vincular a una obligación y contrato a quien no fue contratante ni su heredero y los 1.203, 1.204 y 1.205 del mismo cuerpo legal al aceptar una novación de la primitiva obligación sin los requisitos exigidos por tales preceptos."

53.- En este caso el pasivo (obligación pendiente de pago en el momento de la cesión del negocio bancario) se generó con ocasión de la orden de compra realizada con la intermediación de Bankpime en enero de 2008 (cuatro años antes de la cesión del negocio bancario), que incurrió en responsabilidad por un déficit de información. Como bien indica la recurrente, deben distinguirse tres o hasta cuatro relaciones jurídicas distintas; (i) un contrato de cuenta corriente; (ii) una compraventa de valores en la que intervinieron, de un lado, la emisora KAUPTING y, de otro lado, los demandantes; (iii) una relación de asesoramiento e intermediación en cuyo marco se llevó a cabo la orden de compra; y (iv) un contrato de depósito y administración de valores. La orden de compra y la relación de intermediación se agotaron con la inversión que resultó fallida. Por tanto, a diferencia de los otros dos contratos, aquellas relaciones ni las obligaciones surgidas de la intermediación en la venta de valores pudieron transmitirse a Caixabank.

54.- Esa obligación (la de responder de los perjuicios derivados de la orden de compra) nacida con anterioridad a la cesión del negocio bancario, como decimos, no se transmitió al adquirente, por cuanto del contrato suscrito entre Bankpime y Caixabank se deduce inequívocamente que no ha tenido lugar una sucesión universal en todos los derechos y obligaciones del transmitente, sino que se excluyeron determinados activos y pasivos y, específicamente, las contingencias de reclamaciones que pudieran formularse contra el vendedor. Es decir, no nos hallamos ante una venta de acciones o ante una operación de absorción, escisión o de cesión global de activos y pasivos, en los que la sociedad absorbida, escindida o cedente se extingue, sino ante una transmisión de un negocio bancario en la que la sociedad vendedora percibe un precio y mantiene su personalidad jurídica, continuando su actividad, aunque con un objeto distinto o más reducido.

Según se expone en el contrato (folio 206), la cesión vino motivada al no estar Bankpime en condiciones de cumplir con las exigencias de capital impuestas por el Real Decreto Ley 2/2011 y ante la imposibilidad de continuar con su actividad bancaria, manifestando el comprador "estar interesado en adquirir únicamente los elementos patrimoniales que conforman el negocio bancario de Bankpime, incluyendo la intermediación de valores, depositaria y custodia, así como la gestora de fondos, sin sucesión universal , y por un precio superior al valor neto contable de los elementos patrimoniales a transmitir"(el subrayado es nuestro). En la cláusula segunda se especifican los elementos del activo y pasivo del negocio transmitido, y en la cláusula cuarta se reseñan los " activos y pasivos no cedidos". Entre los primeros (activos no cedidos) se encuentran acciones en sociedades participadas, inmuebles adjudicados al vendedor o parte del mobiliario y tesorería, y en cuanto a los segundos (pasivos no cedidos) las partes pactan que " el comprador no asumirá ningún pasivo del vendedor distinto de los expresamente autorizados en la cláusula 2.2" y, en particular, "se excluyen de la operación contemplada en el presente contrato y constituyen pasivos retenidos por el Vendedor y no transmitidos al Comprador los pasivos contingentes tales como reclamaciones contractuales y extracontractuales, presentes o futuras que puedan derivarse de la actividad del Vendedor pasado o futura".

Es muy relevante, a nuestro entender, el contexto en que se produjo la cesión del negocio bancario, que tuvo por causa, como hemos indicado, las exigencias legales impuestas por el RDL 2/2011, que impedían a Bankpime continuar con su actividad. La venta, además de mantener la actividad y preservar los puestos de trabajo, permitió a la concursada rentabilizar un activo (el fondo de comercio) que, de otra forma, se hubiera perdido. En estas circunstancias parece razonable que Caixabank preservara su responsabilidad, limitando el objeto del contrato, dado que si la compra del negocio implicara la sucesión universal y la asunción de todos los pasivos y de cualquier responsabilidad nacida con anterioridad a la venta, difícilmente la operación se hubiera producido.

En definitiva, la obligación nacida de la orden de compra llevada a cabo por los actores, con la intermediación de Bankpime, quedó al margen del negocio transmitido y, lógicamente, tampoco se valoró al fijar el precio de



la cesión. Todo ello en virtud de un pacto lícito y que por elementales razones de seguridad jurídica debe ser efectivo.

55.- Por tanto, en nuestra opinión es claro que (i) no estamos ante una sucesión universal y (ii) que en el contrato de cesión del negocio quedó expresamente excluida la responsabilidad en la que hubiera podido haber incurrido Bankpime en el ejercicio de la actividad propia del negocio cedido. Por ello no es posible extender a Caixabank la responsabilidad derivada de una operación de intermediación o asesoramiento celebrada mucho antes de que se hubiera producido la cesión del negocio.

La mera existencia entre los elementos transmitidos de una relación de cuenta corriente o de un contrato de depósito y custodia de valores, tampoco permite justificar la extensión de la responsabilidad a Caixabank, pues, tal y como hemos anticipado, la responsabilidad no deriva de esas relaciones jurídicas sino de la intermediación o asesoramiento que Bankpime prestó a los Sres. Gustavo - Raimunda . Recordemos que el Tribunal Supremo admite la figura de la cesión de contratos cuando este es de prestaciones recíprocas (STS de 22 de mayo de 2014 , ECLI:ES:TS:2014:2041), " *pues de ser una prestación única se estaría ante una simple cesión de crédito o asunción de deuda*" (dice la citada Sentencia). Sólo a partir de la cesión, el comprador es responsable de las obligaciones que nazcan de los contratos. No es posible forzar la vinculación de la orden de compra de enero de 2008 con el contrato de cuenta corriente o con el de depósito y custodia de valores, para sostener a continuación que de esos contratos nace la obligación de restituir el precio de la compra de valores y que esa obligación se transmitió a Caixabank al asumir la demandada la posición contractual de Bankpime. La responsabilidad no nace del incumplimiento del contrato de custodia de valores o del de cuenta corriente, sino de una relación distinta (el servicio de asesoramiento relacionado con la orden de compra), que se agotó con la inversión y del que nació un pasivo que fue excluido de la cesión del negocio bancario.

56.- Procede, por tanto, estimar el recurso de Caixabank y dejar sin efecto el pronunciamiento de condena que le afecta.

DECIMOTERCERO. Costas.

57.- Se han desestimado los motivos de apelación de Bankpyme, conforme al artículo 398.1 de la LEC, en relación con el 394 del mismo texto legal , se imponen a la parte recurrente.

Se ha estimado el recurso planteado por Caixabank, referido a su legitimación pasiva, por lo que no hay condena en costas de la segunda instancia (artículo 398.2 de la LEC).

FALLAMOS

Desestimamos el recurso de apelación interpuesto por la representación de Ipme 2012, S.A. contra la sentencia del Juzgado Mercantil núm. 9 de Barcelona de fecha 23 de junio de 2015 , dictada en las actuaciones de las que procede este rollo, que se confirma en sus propios términos en lo que afecta a Ipme 2012.

Estimamos el recurso de apelación interpuesto por Caixabank, S.A.U., revocando la sentencia de referencia en lo referido a la condena a Caixabank, a la que se absuelve de lo pretendido de contrario.

Se imponen a Ipme 2012 las costas causadas en la segunda instancia.

No hay condena en costas de la segunda instancia respecto de las vinculadas al recurso de Caixabank.

Contra la presente resolución podrán las partes legitimadas interponer recurso de casación y/o extraordinario por infracción procesal, ante este Tribunal, en el plazo de los 20 días siguientes al de su notificación, conforme a los criterios legales y jurisprudenciales de aplicación.

Remítanse los autos originales al juzgado de procedencia con testimonio de esta sentencia, una vez firme, a los efectos pertinentes.

Así, por esta nuestra sentencia, de la que se llevará certificación al rollo, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

VOTO PARTICULAR

QUE FORMULA EL MAGISTRADO JOSÉ MARÍA FERNÁNDEZ SEIJO, AL AMPARO DE LO DISPUESTO EN LOS ARTS. 260 LOPJ Y 205 LEC . VOTO PARTICULAR DISIDENTE EN CUANTO A LA ESTIMACIÓN DEL RECURSO DE LA CODEMANDADA CAIXABANK.

En Barcelona a, veinticuatro de enero de dos mil diecisiete.

FUNDAMENTOS JURIDICOS



ÚNICO.

1.- Mi respetuosa discrepancia con la mayoría guarda relación con el fundamento duodécimo referido a la extensión de la responsabilidad a Caixabank, como adquirente del negocio bancario de Bankpyme.

2.- Considero que el asesoramiento que Bankpyme prestó a los demandantes debe considerarse un servicio de inversión, en los términos previstos por el artículo 62.1 de la LMV («Las empresas de servicios de inversión son aquellas empresas cuya actividad principal consiste en prestar servicios de inversión, con carácter profesional, a terceros sobre los instrumentos financieros señalados en el artículo 2 de la presente Ley.»).

El artículo 2 de la LMV hace referencia a instrumentos financieros y valores negociables, entre los que se incluyen acciones, participaciones, valores, cuotas participativas, bonos, obligaciones y otros valores análogos, representativos de parte de un empréstito, incluidos los convertibles o canjeables.

El artículo 65.1 de la LMV reconoce a las entidades de crédito como empresas de servicios de inversión («Las entidades de crédito, aunque no sean empresas de servicios de inversión según esta Ley, podrán realizar habitualmente todos los servicios previstos en su artículo 63, siempre que su régimen jurídico, sus estatutos y su autorización específica les habiliten para ello.»)

El artículo 62 distingue entre servicios principales de inversión y servicios auxiliares. Entre los servicios principales (artículo 62.1 LMV) estaría el de recepción y transmisión de órdenes de clientes en relación con uno o más instrumentos financieros, también la ejecución de órdenes por cuenta de los clientes.

Respecto de los denominados servicios auxiliares (artículo 62.2 LMV) se incluye la custodia y administración por cuenta de clientes de los instrumentos previstos en el artículo 2.

3.- Asumiendo que no es una cuestión pacífica en el criterio de muchas audiencias provinciales, considero que este servicio de inversión no puede considerarse una actuación independiente de Bankpyme, sino que debe enmarcarse dentro de la relación entre la entidad y el cliente, establecida a través de la cuenta corriente.

Por medio de esa cuenta los actores pagan los gastos de gestión y depósito a favor de la entidad financiera y es esa cuenta corriente la que se transmite a Caixabank (el documento nº 10 de la demanda es un extracto de la cuenta corriente de los actores que refleja los movimientos desde la apertura de la misma en enero de 2008).

El propio contrato privado por el que Bankpyme transmite a Caixabank su negocio bancario hace referencia expresa (punto 2.1.1. del contrato) a la cesión de la cartera de inversión crediticia (derechos de crédito, préstamos, líneas de crédito, avales y cualesquiera otras operaciones que impliquen riesgo de crédito para el vendedor). Estas operaciones (que no son las de autos) se transmiten no sólo en sus elementos activos, sino también en los elementos pasivos.

En el punto 2.1.3 se hace mención expresa a la cesión del negocio de depositaría, custodia, intermediación de valores, gestión discrecional de carteras y otras actividades relacionadas con el negocio transmitido. Se dice expresamente que *el vendedor cederá al comprador, que asumirá en virtud de tal cesión, la posición contractual del primero* . En el supuesto de autos se trataba de servicios auxiliares al de inversión que no pueden tener virtualidad propia sino se vinculan al servicio de inversión prestado.

4.- La jurisprudencia ha definido el contrato de cuenta corriente una figura atípica que encuentra su singularidad o elemento causal, desde el punto de vista de los titulares de la cuenta, en el llamado «Servicio de Caja», encuadrable en nuestro Derecho dentro del marco general del contrato de comisión; el Banco en cuanto mandatario ejecuta las instrucciones del cliente (abonos, cargos...) y como contraprestación recibe unas determinadas comisiones, asumiendo la responsabilidad propia de un comisionista. Este contrato ha adquirido cada vez más autonomía contractual, despegándose del depósito bancario que le servía de base y sólo actúa como soporte contable. En todo caso la cuenta corriente bancaria expresa siempre una disponibilidad de fondos a favor de los titulares de la misma contra el banco que los retiene y el banco en cuanto mandatario, ejecuta las instrucciones del cliente, con sus abonos y cargos (sentencias del Tribunal Supremo de 19 de diciembre de 1995 y 15 de julio de 1993 , referidas en la Sentencia del Tribunal Supremo de 9 de febrero de 2006 - ECLI:ES:TS :2006:1071).

Cuando un particular abre una cuenta corriente en una entidad financiera pasa a ser cliente de la misma, circunstancia que permite al banco incluirle en las bases de datos de la entidad y ofrecerle así otros productos gestionados por el banco.

La jurisprudencia es pacífica al considerar que entre el cliente y el banco se establece una relación basada por la confianza que el particular tiene en la entidad. El Tribunal Supremo hace referencia a la *profesionalidad y confianza como elementos imprescindibles de la relación de clientela en el mercado financiero* (STS de 30 de noviembre de 2015 , ECLI:ES:TS:2015:4945); en otras ocasiones hace referencia a la *confianza y solvencia*



de la entidad (STS de 17 de junio de 2016), incluso se hace referencia a la *natural confianza en las entidades financieras* (STS de 4 de febrero de 2016).

Por medio de la subrogación en los contratos de cuenta corriente y depósito CaixaBank lo que ha adquirido ha sido la cartera de clientes de Bankpyme y, por medio de la adquisición de esta cartera, ha convertido en clientes de CaixaBank a quienes eran de Bankpyme, pudiendo ofrecer a estos clientes sus productos y servicios.

El negocio jurídico de asesoramiento en la adquisición de valores, realizado por Bankpyme en el momento de la comercialización de los preferentes, no puede desligarse o deslindarse de la previa condición de clientes de los actores, ese asesoramiento se realiza porque previamente se ha abierto una cuenta corriente, por lo que el asesoramiento considero que está incluido dentro del conjunto de actuaciones normalmente vinculadas a la apertura de una cuenta corriente. Al transmitirse la cuenta se tramiten los riesgos vinculados a ella y, entre esos riesgos, los derivados del asesoramiento ofrecido.

5.- Al adquirir CaixaBank las cuentas corrientes y depósitos de Bankpyme, asumió esa posición de confianza con los clientes. Asumiendo las cuentas corrientes y los depósitos asumió los servicios auxiliares vinculados al servicio de inversión. No tendría sentido que, asumiendo esos servicios auxiliares, no se estableciera también la responsabilidad por los servicios principales de inversión.

En la medida en la que Bankpyme y CaixaBank establecieron en el contrato que no habría sucesión universal, la responsabilidad de ambas entidades debe ser solidaria.

6.- Por lo tanto, debería desestimarse el recurso de apelación presentado por CaixaBank, sin perjuicio de considerar razonable que no se le impongan las costas ni de la segunda, ni de la primera instancia.

PUBLICACIÓN. La anterior sentencia ha sido leída y hecha pública por el magistrado ponente en la audiencia pública del mismo día de su fecha, a mi presencia, doy fe.